Sygn. akt KIO 2204/23

WYROK
z dnia 14 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Maksym Smorczewski

Protokolant:Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 sierpnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lipca 2023 r. przez wykonawcę Globalterm spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Przedsiębiorstwo Wodno Kanalizacyjno Ciepłownicze w Pionkach spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pionkach

orzeka:

1.umarza postępowanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1) -3) w związku z art. 433 pkt 1) w związku z art. 8 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych w związku z art. 353^1 w związku z art. 484 § 2 w związku z art. 483, a także art. 473 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny w zakresie postanowienia § 18 ust. 1 pkt 8) wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 10 do specyfikacji warunków zamówienia,

2.uwzględnia odwołanie w części, uznając za uzasadnione zarzuty naruszenia:

–art. 99 ust. 1 w związku z art. 134 ust. 1 pkt 6) w związku z art. 436 pkt 1) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych w zakresie postanowienia rozdziału V pkt 1 specyfikacji warunków zamówienia oraz § 4 ust. 1 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 10 do specyfikacji warunków zamówienia,

–art. 433 pkt 1) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych w zakresie postanowień § 18 ust. 1 pkt pkt 1), 2), 3), 5) i 6) wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 10 do specyfikacji warunków zamówienia,

–art. 16 pkt 3) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych w zakresie postanowień § 20 ust. 7 lit. b) i c) wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 10 do specyfikacji warunków zamówienia,

–art. 16 pkt 2) w związku z art. 431 w związku z art. 8 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych w związku z art. 647 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny w zakresie postanowienia § 6 pkt 2) wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 10 do specyfikacji warunków zamówienia,

–art. 8 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych w związku z art. 647 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny w zakresie postanowień rozdziału V pkt 2 specyfikacji warunków zamówienia oraz § 12 ust. 3 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 10 do specyfikacji warunków zamówienia

i nakazuje Przedsiębiorstwo Wodno Kanalizacyjno Ciepłownicze w Pionkach spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pionkach:

–zmianę postanowienia rozdziału V pkt 1 specyfikacji warunków zamówienia poprzez nadanie mu brzmienia „1. Wymagany termin realizacji przedmiotu zamówienia 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy.” oraz zmianę postanowienia § 4 ust. 1 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 10 do specyfikacji warunków zamówienia poprzez nadanie mu brzmienia „1. Termin realizacji zamówienia: 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy.”,

–zmianę postanowień § 18 ust. 1 pkt pkt 1), 2), 3), 5) i 6) wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 10 do specyfikacji warunków zamówienia poprzez zastąpienie wyrazów „za opóźnienie” wyrazami „za zwłokę”,

–zmianę § 20 ust. 7 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 10 do specyfikacji warunków zamówienia poprzez nadanie wprowadzeniu do wyliczenia brzmienia „7. W przypadku odstąpienia od Umowy Wykonawca, po otrzymaniu od Zamawiającego oświadczenia o odstąpieniu od Umowy, bezpośrednio (odnośnie lit. a) oraz w dniu podanym w oświadczeniu, nie krótszym niż 5 dni od momentu jego złożenia (odnośnie lit. b i c):”,

–zmianę § 6 pkt 2) wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 10 do specyfikacji warunków zamówienia poprzez nadanie mu brzmienia „2) protokolarne wprowadzenie Wykonawcy na teren budowy w terminie 3 dni od dnia zawarcia umowy,”,

–usunięcie postanowienia rozdziału V pkt 2 specyfikacji warunków zamówienia oraz zmianę § 12 ust. 3 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 10 do specyfikacji warunków zamówienia poprzez nadanie mu brzmienia: „3. Jeżeli w przedmiocie Umowy zostaną stwierdzone wady istotne, Zamawiający będzie uprawniony do odmowy podpisania danego protokołu odbioru ze wskazaniem Wykonawcy na wady, a Wykonawca będzie zobowiązany je usunąć w określonym przez Zamawiającego terminie i ponownie zgłosić Zamawiającemu roboty do odbioru”,

3.oddala odwołanie w pozostałym zakresie,

4.kosztami postępowania obciąża wykonawcę Globalterm spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w 3/8 części oraz zamawiającego Przedsiębiorstwo Wodno Kanalizacyjno Ciepłownicze w Pionkach spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pionkach w 5/8 części i:

–zalicza do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną

przez wykonawcę Globalterm spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania oraz koszty postępowania odwoławczego wykonawcy Globalterm spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz innych uzasadnionych wydatków w wysokości 3 617 zł (słownie: trzy tysiące sześćset siedemnaście złotych),

– zasądza od Przedsiębiorstwo Wodno Kanalizacyjno Ciepłownicze w Pionkach spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pionkach na rzecz Globalterm spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwotę 14 761 zł (słownie: czternaście tysięcy siedemset sześćdziesiąt jeden złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu, wynagrodzenia pełnomocnika oraz innych uzasadnionych wydatków.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:……

Sygn. akt: KIO 2204/23

UZASADNIENIE

W dniu 27 lipca 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołaniewykonawcy Globalterm spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący") w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pod nazwą „Modernizacja systemu ciepłowniczego w mieście Pionki Numer referencyjny: PWKC/04/ZP/2023" (dalej jako „Postępowanie"), prowadzonym przez Przedsiębiorstwo Wodno Kanalizacyjno Ciepłownicze w Pionkach spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pionkach(dalej jako „Zamawiający") wobec treści dokumentów zamówienia.

Odwołujący zarzucił

„1.naruszenie art. 99 ust. 1 w zw z art. 134 ust. 1 pkt 6 w zw z art. 436 pkt 1 w zw z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp poprzez ustanowienie niejednoznacznego terminu realizacji zamówienia oraz ewentualnie ustanowienie terminu przez wskazanie konkretnej daty, co nie jest uzasadnione żadną obiektywną przyczyną oraz ewentualnie zbyt krótkiego terminu realizacji zamówienia.

2.naruszenie art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 433 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353 1 kc w zw. z art. 484 § 2 kc w zw. z art. 483 kc, a także art. 473 kc poprzez zastrzeżenie w § 18 ust. 1 pkt 1, 2, 3, 5, 6, 8 Wzoru umowy, kar umownych za „opóźnienie" w wykonaniu określonych obowiązków umownych. Zapisy takie mogą sugerować, że zamawiający będzie dążył do nałożenia kar umownych w każdym wypadku nawet jeżeli niewykonanie zobowiązania umownego nastąpiło z przyczyn niezależnych od wykonawcy. Tak ogólna zmiana reguł odpowiedzialności jest sprzeczna z art. 473 § 1 kc, który wymaga sprecyzowania okoliczności, które pomimo braku winy wykonawcy skutkować będą naliczeniem kary umownej, a za takie nie można niewątpliwie uznać ogólnikowego zwrotu „opóźnienie". W konsekwencji powyższego, Zamawiający oprócz art. 473 § 1 kc naruszył także art. 483 kc oraz art. 3531 kc w zw. z art. 58 kc, w zw. z art. 5 kc poprzez ustanowienie obowiązku zapłaty kary umownej z pominięciem zasad odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy tj. z pominięciem przesłanki winy dłużnika oraz wykorzystanie pozycji dominującej organizatora przetargu i rażące uprzywilejowanie w treści projektu umowy pozycji Zamawiającego, wbrew zasadom współżycia społecznego i właściwego stosunku prawnego, w sposób stanowiący nadużycie prawa.

3.naruszenie art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp w związku z art. 8 ustawy Pzp w zw. z art. 353(1) kodeksu cywilnego i art. 647 kodeksu cywilnego w zw. z art. 483 § 1 kodeksu cywilnego w zw. z art. 484 § 2 kodeksu cywilnego i art. 473 § 1 kodeksu cywilnego ze względu na zastrzeżenie w § 18 ust. 3 Wzoru umowy górnego limitu kar umownych w wysokości 100 % wartości wynagrodzenia związanych z nienależytym wykonaniem zamówienia w wysokości przekraczającej znacząco wysokość kary umownej zastrzeżonej w § 18 ust. 1 pkt 4 Wzoru umowy z tytułu odstąpienia od umowy przez Zamawiającego z przyczyn za które ponosi odpowiedzialność Wykonawca, która została ustalona w wysokości 20% wynagrodzenia, a która w istocie jest karą za najcięższą okoliczność tj. niewykonania zamówienia. Wyznaczenie maksymalnej sumy kar umownych rażąco wygórowanej, wynoszącej pięciokrotność wysokość kary umownej za odstąpienie od umowy może prowadzić do bezpodstawnego wzbogacenia Zamawiającego względem Wykonawcy, gdyż Zamawiający z tytułu nieprawidłowego wykonania umowy (np. nieterminowego wykonania) będzie mógł naliczyć karę wyższą niż z tytułu niewykonania umowy co jest nadmiernym i nieadekwatnym obciążeniem Wykonawcy w stosunku do specyfiki realizacji i uwarunkowań rynkowych, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla Wykonawców naruszającym równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców.

4.naruszenie art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 437 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 464 ust. 3 i 4 ustawy Pzp w zw z art. 647(1) § 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ukształtowanie postanowień i

umowy w sposób sprzeczny z ww. przepisami, w tym z naturą stosunku prawnego umowy o roboty budowlane, zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współżycia społecznego, przepisami kodeksu cywilnego, w szczególności przez ograniczenie realnej możliwości wprowadzenia/zmiany podwykonawców na etapie realizacji zamówienia.

5. naruszenie art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. art. 3531 KC, art. 58 ust. 2 KC w zw. z art. 5 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ukształtowanie postanowień i rozwiązań umowy w sposób sprzeczny z ww. przepisami, w tym z naturą stosunku prawnego umowy o roboty budowlane, zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współżycia społecznego, przepisami kodeksu cywilnego, w szczególności przez zbytnią ingerencję w swobodne ukształtowanie umowy wykonawcy z podwykonawcą, narzucające obowiązek ustalenia maksymalnego terminu płatności wynagrodzenia podwykonawcy na 21 dni, podczas gdy termin płatności wykonawcy ustalono na 30 dni.

6. naruszenie art. 16 pkt 1-3 w zw. z art. 431 ustawy Pzp w zw. z art. 3531 KC, 58 ust. 2 KC, w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez ukształtowanie postanowień i rozwiązań umowy w sposób sprzeczny z ww. przepisami, w tym z naturą stosunku prawnego umowy o roboty budowlane, zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współżycia społecznego, przepisami kodeksu cywilnego, w szczególności przez wyznaczenie wykonawcy nierealnego, obiektywnie niemożliwego do dochowania czasu na czynności określone w § 20 ust. 7 lit. b i c projektowanych postanowień umowy.

7. naruszenie art. 647 Kodeksu cywilnego (dalej: „kc"), art. 3531 kc, art. 58 § 1 i 2 kc, art. 5 kc, w związku z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp, art. 431 ustawy Pzp, poprzez ukształtowanie postanowień i rozwiązań umowy w sposób sprzeczny z ww. przepisami, w tym z naturą stosunku prawnego umowy o roboty budowlane, zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współżycia społecznego, przepisami kodeksu cywilnego, a tym samym w sposób naruszający naczelne zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, zasadę przejrzystości i zasadę proporcjonalności (adekwatności), w szczególności poprzez brak określenia terminu na protokolarne przekazanie terenu budowy wykonawcy.

8. naruszenie art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 643 kodeksu cywilnego i art. 647 kodeksu cywilnego poprzez przyznanie Zamawiającemu w § 12 ust. 3 Wzoru umowy uznaniowego prawa do odmowy dokonania odbioru w każdym przypadku wystąpienia wad, przy czym uprawnienie do odmowy odbioru końcowego powinno mieć miejsce jedynie w przypadku wystąpienia wad istotnych. Zgodnie z art. 647 kodeksu cywilnego inwestor (Zamawiający) ma obwiązek dokonania odbioru i może uchylić się od tego obowiązku tylko w przypadku, gdy przedmiot umowy obarczony jest wadami istotnymi. W przypadku wystąpienia wad nieistotnych inwestor (Zamawiający) jest obowiązany dokonać odbioru, co w konsekwencji powoduje, że przy obecnych zapisach wzoru umowy Zamawiający ma uznaniowe prawo nie tylko do odmowy odbioru, ale także do uzależnienia możliwości wystawienia faktury, która stanowi podstawę wypłaty wynagrodzenia na rzecz Wykonawcy, gdyż podstawą wystawienia faktury może być jedynie podpisany protokół odbioru, podczas gdy płatność powinna nastąpić po odbiorze, a nie po usunięciu wad odbiorowych. Ponadto, w rodz. V ust. 2 SWZ Zamawiający uzależnia uznanie wykonania zamówienia od podpisania bezusterkowego protokołu odbioru, co również jest niezgodne ze wskazanymi przepisami.".

Odwołujący wniósł o „uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu, aby: 1) zmienił treść SWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania, 2) dokonaną zmianę SWZ niezwłocznie udostępnił na stronie internetowej prowadzonego postępowania, 3) przesunął termin składania ofert o czas niezbędny na zapoznanie się ze zmianą SWZ i przygotowanie oferty, z uwzględnieniem postanowień art. 137 ust. 6 ustawy Pzp." oraz o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania".

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W trakcie rozprawy w dniu 10 sierpnia 2023 r. Odwołujący oświadczył, że „cofa zarzut 2 w zakresie w jakim dotyczy on par. 18 pkt 8 wzoru umowy".

Izba ustaliła w zakresie mającym istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy i zważyła, co następuje:

Zamawiający prowadzi Postępowanie na dostawy z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej jako „Pzp") w trybie przetargu nieograniczonego. Wartość zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 17 lipca 2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/S 135-431501.

W świetle art. 505 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym „środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy", Odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania. Izba nie stwierdziła przy tym, aby

zachodziła którakolwiek z określonych w art. 528 Pzp okoliczności skutkujących odrzuceniem odwołania.

W rozprawy w dniu 10 sierpnia 2023 r. Odwołujący oświadczył, że „cofa zarzut 2 w zakresie w jakim dotyczy on par. 18 pkt 8 wzoru umowy", co należy rozumieć jako wycofanie odwołania w zakresie zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1) - 3) w związku z art. 433 pkt 1) w związku z art. 8 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych w związku z art. 3531 w związku z art. 484 § 2 w związku z art. 483, a także art. 473 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny" w zakresie postanowienia § 18 ust. 1 pkt 8) wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 10 do specyfikacji warunków zamówienia (dalej jako „Wzór").

Zgodnie z art. 520 ust. 1 Pzp „odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy", zaś stosownie do art. 568 pkt 1) Pzp, „Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania". Mając na względzie, że art. 520 ust. 1 Pzp uprawnia odwołującego do cofnięcia odwołania w całości, wnioskowanie na zasadzie a maiori ad minus uzasadnia przyjęcie, że odwołujący może cofnąć odwołanie jedynie w części. Potwierdza to art. 522 ust. 3 Pzp, w którym jest mowa o „wycofaniu pozostałych zarzutów" (nie uwzględnionych przez zamawiającego) – co również stanowi wycofanie odwołania w części. Z treści art. 568 pkt 1) Pzp wynika, że Izba związana jest oświadczeniem odwołującego o cofnięciu odwołania. W takim stanie rzeczy hipoteza normy wynikającej z tego przepisu była spełniona, co zobowiązywało Izbę do umorzenia postępowania odwoławczego w zakresie, w jakim Odwołujący cofnął odwołanie.

Wobec powyższego Izba w punkcie 1 wyroku umorzyła postępowanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1) -3) w związku z art. 433 pkt 1) w związku z art. 8 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych w związku z art. 353^1 w związku z art. 484 § 2 w związku z art. 483, a także art. 473 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny w zakresie postanowienia § 18 ust. 1 pkt 8) Wzoru.

Ustalając stan faktyczny Izba oparła się na dokumentach zawartych w dokumentacji Postępowania.

Izba pominęła wydruk złożony przez Odwołującego na rozprawie mając na uwadze, że zgodnie z art. 531 Pzp „przedmiotem dowodu są fakty mające dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie", a wydruk ten został złożony w celu wykazania jaki termin wykonania zamówienia został określony w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Zamawiającego, co nie było faktem mającym istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy.

Po zapoznaniu się z argumentacją Stron, wyrażoną w pismach wniesionych w postępowaniu odwoławczym oraz przedstawionymi w trakcie rozprawy w dniu 10 sierpnia 2023 roku, Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części.

Zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 w związku z art. 134 ust. 1 pkt 6) w związku z art. 436 pkt 1) Pzp, dotyczący postanowienia rozdziału V pkt 1 SWZ oraz § 4 ust. 1 Wzoru, Izba uznała za uzasadniony.

W ogłoszeniu o zamówieniu dotyczącego Postępowania pkt II.2.7) jako „okres obowiązywania zamówienia" wskazano „okres w miesiącach: 12".

W rozdziale V pkt 1 specyfikacji warunków zamówienia w Postępowaniu (dalej jako „SWZ") określono, że „1. Wymagany termin realizacji przedmiotu zamówienia do dnia 30.08.2024 r.".

§ 4 ust. 1 Wzoru miał treść „1. Termin realizacji zamówienia od dnia zawarcia umowy: do 30.08.2024 roku".

Termin składania ofert w Postępowaniu określony został na 30 sierpnia 2023 r.

Zgodnie z art. 99 ust. 1 Pzp, „przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty". Art. 134 ust. 1 pkt 6) stanowi, że „SWZ zawiera co najmniej termin wykonania zamówienia", zaś stosownie do art. 436 pkt 1) Pzp, „umowa zawiera postanowienia określające w szczególności planowany termin zakończenia usługi, dostawy lub robót budowlanych, oraz, w razie potrzeby, planowane terminy wykonania poszczególnych części usługi, dostawy lub roboty budowlanej, określone w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach, chyba że wskazanie daty wykonania umowy jest uzasadnione obiektywną przyczyną".

Nie może ulegać wątpliwości, że w sytuacji, gdy w pkt II.2.7) ogłoszenia o zamówieniu jako „okres obowiązywania zamówienia" wskazano „okres w miesiącach: 12", w rozdziale V pkt 1 SWZ określono „wymagany termin realizacji przedmiotu zamówienia do dnia 30.08.2024 r., a w § 4 ust. 1 Wzoru „termin realizacji zamówienia od dnia zawarcia umowy: do 30.08.2024 roku", zaś termin składania ofert w Postępowaniu upływa 30 sierpnia 2023 r. zachodzi sprzeczność pomiędzy określonym w pkt II.2.7) ogłoszenia o zamówieniu „okres obowiązywania zamówienia" a terminami określonymi w rozdziale V pkt 1 SWZ i § 4 ust. 1 Wzoru, gdyż w przypadku, gdy termin składania ofert w Postępowaniu upływa 30 sierpnia 2023 r. nie jest możliwe, aby okres pomiędzy dniem zawarcia umowy zawieranej w wyniku przeprowadzenia Postępowania a 30 sierpnia 2024 r. wynosił 12 miesięcy. Sprzeczność ta powoduje, że termin wykonania zamówienia nie jest określony w sposób jednoznaczny, czego wymaga art. 99 ust. 1 Pzp.

Mając na uwadze treść tego przepisu, a także art. 134 ust. 1 pkt 6) Pzp i art. 436 pkt 1) Pzp, jak również okoliczność, że Wzór jest załącznikiem do SWZ, należy uznać, że określone w: ogłoszeniu o zamówieniu w

Postępowaniu „okres obowiązywania zamówienia", SWZ „termin wykonania zamówienia" oraz we Wzorze „planowany termin zakończenia robót budowlanych", aby zadośćuczynić obowiązkom wynikającym z tych przepisów muszą być identyczne. Ze względu na treść art. 436 pkt 1) Pzp przedmiotowe okres i terminy muszą być przy tym określone w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach, chyba że obiektywna przyczyna uzasadnia określenie końca ww. okresu i rzeczonych terminów konkretnym dniem kalendarzowym.

Stanowisko Zamawiającego, iż był on uprawniony do „oznaczenia daty realizacji zamówienia konkretną datą, albowiem data ta dotyczy wszystkich potencjalnych wykonawców i z tego powodu nie następuje ograniczenie kręgu oferentów/ wykonawców, określenie daty realizacji zamówienia (które będzie niemal w całości finansowane ze środków uzyskanych przez Zamawiającego z dofinansowania) gwarantuje Zamawiającemu właściwe rozliczenie umowy o dofinansowanie" nie było zasadne. Prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym określenie w dokumentach zamówienia „daty realizacji zamówienia", w taki sposób, aby było zapewnione zachowanie uczciwej konkurencji (a tym taki, który jej nie utrudnia) oraz równe traktowanie wykonawców jest obowiązkiem zamawiającego wynikającym z art. 16 pkt 1) Pzp, zgodnie z którym „zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców"; oraz art. 99 ust. 4 Pzp, stosownie do którego „przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów". Zważywszy, że każde postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego musi być prowadzone w taki sposób, gdyby przyjąć, że samo zadośćuczynienie temu obowiązkowi stanowi „obiektywną przyczynę", o której mowa w art. 436 pkt 1) Pzp, w każdym postępowaniu występowałaby owa „obiektywna przyczyna", a przepis ten byłby zbędny. Takie rozumowanie nie znajduje podstaw.

Przyczyną taką może być natomiast konieczność rozliczenia środków przyznanych zamawiającemu na podstawie umowy o dofinansowanie, którymi finansowane jest zamówienia. Zamawiający podnosząc, że „określenie daty realizacji zamówienia (które będzie niemal w całości finansowane ze środków uzyskanych przez Zamawiającego z dofinansowania) gwarantuje Zamawiającemu właściwe rozliczenie umowy o dofinansowanie", w trakcie postępowania odwoławczego nie przedstawił jednak jakichkolwiek okoliczności, choćby w zakresie treści umowy o dofinansowanie, na podstawie której przyznano mu środki, z których ma sfinansować zamówienia, które wykazywałyby, że określenie terminów w rozdziale V pkt 1 SWZ i § 4 ust. 1 Wzoru konkretnym dniem kalendarzowym (30 sierpnia 2024 r.) jest uzasadnione obiektywną przyczyną.

Nie sposób było zatem przyjąć, że takie określenie terminów w rozdziale V pkt 1 SWZ i § 4 ust. 1 Wzoru jest uzasadnione obiektywną przyczyną, wobec czego należało uznać, że stosownie do art. 436 pkt 1) Pzp Zamawiający zobowiązany był we Wzorze określić „planowany termin zakończenia robót budowlanych" w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach. W konsekwencji, tak samo Zamawiający zobowiązany był określić termin wykonania zamówienia zawarty w SWZ zgodnie z art. 134 ust. 1 pkt 6) Pzp. Określenie terminów w rozdziale V pkt 1 SWZ i § 4 ust. 1 Wzoru konkretnym dniem kalendarzowym (30 sierpnia 2024 r.) naruszało zatem art. 99 ust. 1 w związku z art. 134 ust. 1 pkt 6) w związku z art. 436 pkt 1) Pzp.

Izba nie znalazła przy tym podstaw do kwestionowania zasadności stanowiska Odwołującego, że terminy te powinny być określone tak jak „okres obowiązywania zamówienia" w ogłoszeniu o zamówieniu w Postępowaniu – jako 12 miesięcy od dnia „podpisania umowy", przy czym mając na uwadze, że w przepisach Pzp używane jest sformułowanie „zawarcie umowy", a nie „podpisanie umowy", uzasadnione było, aby terminy te były określone jako „12 miesięcy od dnia zawarcia umowy".

W tym stanie rzeczy należało nakazać Zamawiającemu dokonanie zmiany postanowienia rozdziału V pkt 1 SWZ poprzez nadanie mu brzmienia „1. Wymagany termin realizacji przedmiotu zamówienia 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy." oraz zmianę postanowienia § 4 ust. 1 Wzoru poprzez nadanie mu brzmienia „1. Termin realizacji zamówienia: 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy.", o czym Izba orzekła w punkcie 2 tiret szóste wyroku.

Zarzut naruszenia art. 16 pkt 1) -3) w związku z art. 433 pkt 1) w związku z art. 8 ust. 1 Pzp w związku z art. 353^1 w związku z art. 484 § 2 w związku z art. 483, a także art. 473 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (dalej jako „kc") dotyczący postanowień § 18 ust. 1 pkt pkt 1), 2), 3), 5) i 6) Wzoru Izba uznała za uzasadniony w zakresie naruszenia art. 433 pkt 1) Pzp.

§ 18 ust. 1 Wzoru miał treść „1. Wykonawca zobowiązuje się zapłacić Zamawiającemu kary umowne z następujących tytułów i w następującej wysokości: 1) za opóźnienie w dotrzymaniu któregokolwiek z terminów realizacji wskazanych w § 4 ust. 1 - 0,5% (pięć dziesiątych procenta) kwoty wynagrodzenia netto Wykonawcy, o którym mowa w § 13 ust. 1, za każdy dzień opóźnienia, 2) za opóźnienie w usunięciu wad, usterek lub nieprawidłowości zgłoszonych w okresie rękojmi za wady lub gwarancji - 0,5% (pięć dziesiątych procenta) kwoty wynagrodzenia netto Wykonawcy, o

którym mowa w § 13 ust. 1, za każdy dzień opóźnienia, 3) za opóźnienie w usunięciu wad lub usterek wskazanych w danym protokole odbioru - 0,2 % (dwie dziesiąte procenta) wynagrodzenia netto Wykonawcy określonego w § 13 ust. 1, za każdy dzień opóźnienia w stosunku do terminu wskazanego przez Zamawiającego na usunięcie wady lub usterki w danym protokole odbioru, 4) w przypadku odstąpienia od Umowy lub jej części przez Zamawiającego z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy - 20% (dwadzieścia procent) kwoty łącznego wynagrodzenia netto Wykonawcy, o której mowa w § 13 ust. 1, 5) za opóźnienie w dostarczeniu lub poprawieniu Harmonogramu, w stosunku do terminów wskazanych w § 5 ust. 1 lub 3 - 0,2% (dwie dziesiąte procenta) kwoty łącznego wynagrodzenia netto Wykonawcy, o którym mowa w § 13 ust. 1, za każdy dzień opóźnienia, 6) za opóźnienie w spełnieniu obowiązku zapewnienia ciągłości zabezpieczenia należytego wykonania umowy, o którym mowa § 17 ust. 6, w stosunku do terminu określonego w § 17 ust. 6 -1 % (jeden procent) kwoty łącznego wynagrodzenia netto Wykonawcy, o której mowa w § 13 ust. 1, za każdy dzień opóźnienia (…)".

Zgodnie z art. 16 Pzp „zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny". Stosownie do art. 433 pkt 1) Pzp „projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia". Art. 8 ust. 1 Pzp stanowi, że „do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (…), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej". Zgodnie z art. 353^1 kc „strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego". Art. 473 kc stanowi, iż „§ 1. Dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub za nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi. § 2. Nieważne jest zastrzeżenie, iż dłużnik nie będzie odpowiedzialny za szkodę, którą może wyrządzić wierzycielowi umyślnie.", zaś art. 483 kc, że „§ 1. Można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). § 2. Dłużnik nie może bez zgody wierzyciela zwolnić się z zobowiązania przez zapłatę kary umownej.". Stosownie do 484 § 2 kc „jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana".

Stanowisko Zamawiającego, że był on uprawniony do „określenia kar umownych z tytułu opóźnienia - działanie takie jest dopuszczalną i powszechną praktyką na gruncie Kodeksu cywilnego, przedmiotowe postanowienia umowne dotyczą wszystkich potencjalnych wykonawców i z tego powodu nie następuje ograniczenie kręgu oferentów/ wykonawców" jest nietrafne, aczkolwiek oczywiście określenie w projektowanych postanowieniach umowy w sprawie zamówienia publicznego, że wykonawca zobowiązany jest zapłacić karę umowną w przypadku opóźnienie w wykonaniu zobowiązania niepieniężnego, dotyczy jednakowo „wszystkich potencjalnych wykonawców", a „z tego powodu nie następuje ograniczenie kręgu" wykonawców, którzy mogą wykonać zamówienie, zaś określenie w postanowieniach umowy, że wykonawca zobowiązany jest zapłacić karę umowną w przypadku opóźnienie w wykonaniu zobowiązania niepieniężnego jest dopuszczalne i częste „na gruncie Kodeksu cywilnego".

Pomija jednak Zamawiający, iż Wzór jest projektem umowy w sprawie zamówienia publicznego, do której zgodnie z art. 8 ust. 1 Pzp przepisy kc stosuje się, jeżeli przepisy Pzp nie stanowią inaczej. Kwestia odpowiedzialności za opóźnienie jest uregulowana w art. 433 pkt 1) Pzp, zgodnie z którym przewidzenie w umowie odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie jest dopuszczalne tylko wtedy, gdy jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia. Nie było przy tym sporne, że w § 18 ust. 1 pkt pkt 1), 2), 3), 5) i 6) Wzoru Zamawiający przewidział odpowiedzialność wykonawcy za opóźnienie. Zważywszy ponadto, że w przepisach Pzp nie uzależniono dopuszczalności przewidzenia odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie od tego, czy zapewnia to zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, okoliczności wskazane przez Zamawiającego nie mogą być więc uznane za okoliczności uzasadniające przewidzenie we Wzorze odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie. Zamawiający w trakcie postępowania odwoławczego nie powoływał się przy tym, aby przewidzenie we Wzorze odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie było uzasadnione zakresem zamówienia.

Wobec powyższego brak było podstaw do uznania, że było uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia przewidzenie w postanowieniach § 18 ust. 1 pkt pkt 1), 2), 3), 5) i 6) Wzoru odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, wyrażające się w użyciu wyrazów „za opóźnienie"; w konsekwencji stanowiło to naruszenie art. 433 pkt 1) Pzp.

W tym stanie rzeczy należało nakazać Zamawiającemu dokonanie zmiany postanowień § 18 ust. 1 pkt pkt 1), 2), 3), 5) i 6) Wzoru poprzez zastąpienie wyrazów „za opóźnienie" wyrazami „za zwłokę", o czym Izba orzekła w punkcie 2

tiret siódme wyroku.

Mając na uwadze, że w art. 433 pkt 1) Pzp uregulowano kwestię przewidzenia w umowie w sprawie zamówienia publicznego odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, do oceny zgodności z prawem postanowień § 18 ust. 1 pkt pkt 1), 2), 3), 5) i 6) wzoru nie znajdują zastosowania – na podstawie art. 8 ust. 1 Pzp – przepisy art. art. 353^1, 484 § 2, art. 483 oraz 473 kc. Art. 8 ust. 1 Pzp należy rozumieć w taki sposób, że przepisy kc stosuje się do umów w sprawach zamówień publicznych w zakresie, w jakim dana kwestia nie jest uregulowana w przepisach Pzp. W konsekwencji, skoro w art. 433 pkt 1) Pzp uregulowano kwestię przewidzenia w umowie w sprawie zamówienia publicznego odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, to w tej kwestii przepisów kc, w tym art. art. 353^1, 484 § 2, art. 483 oraz 473 kc, nie stosuje się (a także odsyłającego do niech art. 8 ust.1 Pzp), zatem nie można stwierdzić, że ww. postanowienia Wzoru naruszają te przepisy.

W odwołaniu nie wskazano okoliczności faktycznych i prawnych wskazujących, że w zakresie ww. postanowień Wzoru Zamawiający przeprowadził Postępowanie w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji lub równego traktowania wykonawców, nieprzejrzysty bądź nieproporcjonalny. W zakresie ww. zarzutu brak było więc jakichkolwiek podstaw do uznania, że Zamawiający naruszył art. 16 pkt 1) – 3) Pzp.

Zarzut naruszenia art. 16 pkt 1) – 3) w związku z art. 431 Pzp w związku z art. 353^1 kc, art. 58 § 2 kc w związku z art. 8 ust. 1 Pzp dotyczący postanowień § 20 ust. 7 lit. b) i c) Wzoru był uzasadniony w zakresie art. 16 pkt 3) Pzp.

Treść art. 16 pkt 1) – 3 Pzp, art. 353^1 kc oraz art. 8 ust. 1 Pzp została przytoczona wyżej. Zgodnie natomiast z art. 431 Pzp, „zamawiający i wykonawca wybrany w postępowaniu o udzielenie zamówienia obowiązani są współdziałać przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, zwanej dalej ,,umową", w celu należytej realizacji zamówienia".

Należy wskazać, że w ramach tego zarzutu Odwołujący wskazał na naruszenie „58 ust. 2 KC", zaś w kc nie ma takiego przepisu. Mając na uwadze, iż Izba nie jest związana wskazaniem przepisu, którego naruszenie jest zarzucane, jak również powoływanie się przez Odwołującego w zakresie tego zarzutu na sprzeczność z zasadami współżycia społecznego, należało przyjąć, że Odwołujący przedstawił zarzut naruszenia art. 58 § 2 kc, który stanowi, że „nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego".

§ 20 ust. 7 Wzoru miał treść „7. W przypadku odstąpienia od Umowy Wykonawca, po otrzymaniu od Zamawiającego oświadczenia o odstąpieniu od Umowy, bezpośrednio lub w dniu podanym w oświadczeniu: (…) b) usunie sprzęt montażowy, wycofa swój personel i personel podwykonawców z obiektu oraz uporządkuje teren budowy wraz z otoczeniem i przygotuje obiekt celem protokólarnego przekazania go Zamawiającemu, c) zobowiązany jest do dokonania i dostarczenia Zamawiającemu inwentaryzacji robót wg stanu na dzień odstąpienia od Umowy, potwierdzonej przez Zamawiającego oraz inwentaryzacji geodezyjnej powykonawczej, opracowanej zgodnie ze Specyfikacją techniczną, w ilości 3 kpl.(…)".

Odwołujący wskazał, iż „obiektywnie niemożliwym jest dokonanie ww. czynności takich jak np. usunięcie sprzętu montażowego, czy wykonanie inwentaryzacji bezpośrednio po otrzymaniu oświadczenia o odstąpieniu od umowy", a Zamawiający do tego twierdzenia się nie odniósł. Izba uznała je za przyznane mając na uwadze, że w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający nie ustosunkował się do niego ani w ogóle do zarzutu dotyczącego postanowień § 20 ust. 7 lit. b) i c) Wzoru (poza ogólnym wnioskiem o oddalenie odwołania w całości), a do pozostałych zarzutów odnosił się.

W tym stanie rzeczy należało przyjąć, że wykonanie zobowiązań określonych w tych postanowieniach „bezpośrednio po otrzymaniu oświadczenia o odstąpieniu od umowy" nie jest możliwe. W ocenie Izby wynikający z art. 16 pkt 3) Pzp obowiązek prowadzenia przez zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób proporcjonalny dotyczy także treści wzoru umowy, która ma być zawarta po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, powodując, że wynikające z niej zobowiązania wykonawcy muszą być proporcjonalne. Nie ulega wątpliwości, że nie sposób uznać za proporcjonalne niemożliwych do wykonania postanowień zobowiązujących wykonawcę do „usunięcia sprzętu montażowego, wycofania swojego personelu i personelu podwykonawców z obiektu oraz uporządkowania terenu budowy wraz z otoczeniem i przygotowania obiektu celem protokólarnego przekazania go Zamawiającemu" czy „dokonania i dostarczenia Zamawiającemu inwentaryzacji robót wg stanu na dzień odstąpienia od Umowy, potwierdzonej przez Zamawiającego oraz inwentaryzacji geodezyjnej powykonawczej, opracowanej zgodnie ze Specyfikacją techniczną, w ilości 3 kpl" bezpośrednio po otrzymaniu oświadczenia Zamawiającego o odstąpieniu od umowy.

Izba podzieliła przy tym stanowisko Odwołującego, że „kwestia rzeczywistej ilości dni na dokonanie konkretnych czynności nie może być niedookreślona i zależeć wyłącznie od arbitralnej decyzji Zamawiającego wyrażonej w podanym oświadczeniu". Nie sposób kwestionować możliwości określenia przez Zamawiającego w oświadczeniu o odstąpieniu od umowy terminu wykonania ww. czynności, natomiast możliwość ta nie może obejmować określenia takiego terminu, w którym wykonawca nie mógłby ich wykonać. W konsekwencji zasadne jest, aby możliwość ta była ograniczona przez

określenie minimalnego terminu wykonania ww. czynności, jaki może określić Zamawiający.

Wobec powyższego Izba uznała, że postanowienia § 20 ust. 7 lit. b) i c) Wzoru naruszają art. 16 pkt 3) Pzp, a nie znajdując podstaw do kwestionowania wynikającego z żądania odwołania w tym zakresie, aby rzeczony termin minimalny wynosił 5 dni od dnia złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy, nakazała zmianę § 20 ust. 7 Wzoru poprzez nadanie wprowadzeniu do wyliczenia brzmienia „7. W przypadku odstąpienia od Umowy Wykonawca, po otrzymaniu od Zamawiającego oświadczenia o odstąpieniu od Umowy, bezpośrednio (odnośnie lit. a) oraz w dniu podanym w oświadczeniu, nie krótszym niż 5 dni od momentu jego złożenia (odnośnie lit. b i c):", o czym orzekła w punkcie 2 tiret ósme wyroku.

Brak było podstaw do przyjęcia, że w zakresie ww. postanowień Wzoru Zamawiający przeprowadził Postępowanie w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji lub równego traktowania wykonawców bądź nieprzejrzysty, a więc z naruszeniem art. 16 pkt 1) i 2) Pzp.

Zważywszy, że postanowienia te określają, jakie czynności i w jakim terminie ma wykonać wykonawca w przypadku złożenia przez Zamawiającego oświadczenia o odstąpieniu od umowy, które nie mogą być kwalifikowane jako czynności wykonywane w ramach obowiązku „współdziałania przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego w celu należytej realizacji zamówienia" ze względu na to, że są dokonywane po odstąpieniu od umowy w sprawie zamówienia publicznego, czyli gdy realizacja zamówienia nie jest już celem, nie sposób było uznać, ze ww. postanowienia naruszają art. 431 Pzp.

Odwołujący zarzucał, że ww. postanowienia są sprzeczne „z naturą stosunku prawnego umowy o roboty budowlane, zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współżycia społecznego, przepisami kodeksu cywilnego" (przy czym w zarzucie powołano art. 353^1 kc, art. 58 § 2 kc w związku z art. 8 ust. 1 Pzp), przy czym w odwołaniu nie przedstawiono okoliczności faktycznych i prawnych wskazujących na te sprzeczności. Brak było zatem uzasadnienia dla przyjęcia, że przedmiotowe postanowienia naruszają art. 353^1 kc lub art. 58 § 2 kc w związku z art. 8 ust. 1 Pzp.

Zarzut naruszenia art. 647, art. 353^1, art. 58 § 1 i 2 oraz art. 5 kc w związku z art. 8 ust. 1, art. 16 pkt 1) – 3) ustawy Pzp oraz art. 431 Pzp dotyczący postanowienia § 6 pkt 2) Wzoru Izba uznała za uzasadniony w zakresie naruszenia art. 16 pkt 2) w związku z art. 431 w związku z art. 8 ust. 1 Pzp w związku z art. 647 kc.

§ 6 Wzoru miał treść „Do obowiązków Zamawiającego należy: (…) 2) protokolarne wprowadzenie Wykonawcy na teren budowy (…)".

Treść art. 8 ust. 1, art. 16 pkt 1) – 3) i art. 431 Pzp została przytoczona wyżej. Zgodnie natomiast z art. 647 kc, „przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia". Stosownie do art. 58 § 1 kc, „czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzą odpowiednie przepisy ustawy". Art. 5 kc stanowi zaś, że „Nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.".

Należy wskazać, że w ramach tego zarzutu Odwołujący wskazał na naruszenie „art. 3531 kc", zaś w kc nie ma takiego przepisu. Mając na uwadze, iż Izba nie jest związana wskazaniem przepisu, którego naruszenie jest zarzucane, jak również powoływanie się przez Odwołującego w zakresie tego zarzutu na sprzeczność „z naturą stosunku prawnego umowy o roboty budowlane, zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współżycia społecznego", należało przyjąć, że Odwołujący przedstawił zarzut naruszenia art. 353^1 kc, którego treść również przytoczono wyżej.

Nie może ulegać wątpliwości, że w Pzp nie ma przepisu regulującego kwestię przekazania terenu budowy wykonawcy przez zamawiającego, jest ona natomiast uregulowana w art. 647 kc. W konsekwencji, zgodnie z art. 8 ust. 1 Pzp, art. 647 kc stosuje się w tym zakresie do umowy o roboty budowlane zawieranej po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W świetle treści tego przepisu oczywiste jest, że przekazanie terenu budowy jest jednym z podstawowych świadczeń, które zobowiązany jest spełnić inwestor, który zawarł umowę o roboty budowlane.

Zdaniem Izby w sytuacji jaka występuje w Postępowaniu – gdy termin wykonania zamówienia przez wykonawcę liczony jest od dnia zawarcia umowy, wobec czego termin przekazania terenu budowy realnie wyznacza czas, jaki wykonawca będzie miał na wykonanie zamówienia - przy ocenie zgodności z przepisami postanowienia umowy o roboty budowlane zawieranej po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, regulującego kwestię

przekazania terenu budowy wykonawcy przez zamawiającego, wziąć należy pod uwagę przepisy art. 431 oraz art. 16 pkt 2) Pzp.

Z treści art. 431 Pzp wynika, że obowiązek współdziałania przez zamawiającego i wykonawcę wybranego w postępowaniu o udzielenie zamówienia przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego w celu należytej realizacji zamówienia dotyczy wszystkich czynności wykonywanych przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, a celem tego współdziałania i tych czynności ma być należyta realizacja tej umowy. Analogicznie jak wskazano wyżej w odniesieniu do art. 16 pkt 3) Pzp, art. 16 pkt 2) Pzp, określający, że zamawiający zobowiązany jest prowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób przejrzysty, należy uznać za przepis dotyczący także treści wzoru umowy, która ma być zawarta po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w konsekwencji - że zamawiający zobowiązany jest sformułować postanowienia umowy tak, aby były one przejrzyste.

Niewątpliwie § 6 pkt 2) Wzoru zobowiązuje Zamawiającego do „protokolarnego wprowadzenia Wykonawcy na teren budowy", lecz nie zawiera określenia terminu wykonania tej czynności. Prowadzi to do sytuacji, że realnie czas, jaki wykonawca będzie miał na wykonanie zamówienia, będzie wyznaczony terminem wykonania tej czynności, w zakresie określenia którego Zamawiający nie jest do niczego zobowiązany, a wykonawca nie ma możliwości przewidzenia, kiedy on przypadnie. Powyższe należy uznać za sprzeczne z wynikającym z art. 431 Pzp obowiązkiem współdziałania w celu należytej realizacji zamówienia, a także z określonym w art. 16 pkt 2) Pzp obowiązkiem sformułowania postanowienia umowy tak, aby były one przejrzyste, w zakresie „protokolarnego wprowadzenia Wykonawcy na teren budowy" – czyli przekazania terenu budowy, będącego jednym z podstawowych świadczeń, do którego spełnienia Zamawiający jest zobowiązany zgodnie z art. 647 kc – co uzasadniało stwierdzenie naruszenia art. 16 pkt 2) w związku z art. 431 w związku z art. 8 ust. 1 Pzp w związku z art. 647 Pzp.

Nie było zatem trafne stanowisko Zamawiającego, że był on uprawniony do nieoznaczenia daty protokolarnego przekazania terenu budowy, „bowiem obowiązek taki nie wynika z żadnego powszechnie obowiązującego przepisu prawa".

Przyznać należy natomiast rację Zamawiającemu, iż § 6 pkt 2) Wzoru „dotyczą wszystkich potencjalnych wykonawców i z tego powodu nie następuje ograniczenie kręgu oferentów/wykonawców". Okoliczność, że ww. postanowienie nie prowadzi do nierównego traktowania wykonawców i nie ogranicza konkurencji nie oznacza jednak, że narusza ono żadnego przepisu Pzp.

Nie znajdując okoliczności wskazujących na niezasadność żądania Odwołującego w zakresie określenia terminu dokonania ww. czynności oraz uwzględniając, że w przepisach Pzp używane jest sformułowanie „zawarcie umowy", a nie „podpisanie umowy", Izba nakazała zmianę § 6 pkt 2) Wzoru poprzez nadanie mu brzmienia „2) protokolarne wprowadzenie Wykonawcy na teren budowy w terminie 3 dni od dnia zawarcia umowy,", o czym orzeczono w punkcie 2 tiret dziewiąte wyroku.

Brak było podstaw do uznania, że w zakresie postanowienia § 6 pkt 2) Wzoru Zamawiający przeprowadził Postępowanie w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji lub równego traktowania wykonawców bądź proporcjonalny, a więc z naruszeniem art. 16 pkt 1) i 3) Pzp.

W odwołaniu nie przedstawiono okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających przyjęcie, że ww. postanowienie narusza art. 353^1, art. 58 § 1 lub 2 czy art. 5 kc w związku z art. 8 ust. 1 Pzp, wobec czego Izba nie stwierdziła naruszenia tych przepisów.

Zarzut naruszenia art. 16 pkt 1) – 3) w związku z art. 8 ust. 1 Pzp w związku z art. 643 i art. 647 kc dotyczący postanowień rozdziału V pkt 2 SWZ oraz § 12 ust. 3 Wzoru był uzasadniony w zakresie naruszenia art. 8 ust. 1 Pzp w związku z art. 647 kc.

Treść art. 8 ust. 1 i art. 16 pkt 1) – 3) Pzp oraz art. 647 kc oraz została przytoczona wyżej. Zgodnie natomiast z art. 643 kc, „zamawiający obowiązany jest odebrać dzieło, które przyjmujący zamówienie wydaje mu zgodnie ze swym zobowiązaniem".

W rozdziale V pkt 2 SWZ określono, że „2. Za termin wykonania uznaje się datę podpisania końcowego, bezusterkowego protokołu odbioru", zaś § 12 ust. 3 Wzoru miał treść „3. Jeżeli przedmiot Umowy zostanie wykonany wadliwie lub niezupełnie (niezgodnie z postanowieniami Umowy, w tym SWZ), Zamawiający będzie uprawniony do odmowy podpisania danego protokołu odbioru ze wskazaniem Wykonawcy na wady, a Wykonawca będzie zobowiązany je usunąć w określonym przez Zamawiającego terminie i ponownie zgłosić Zamawiającemu roboty do odbioru.".

Nietrafne było stanowisko Zamawiającego, że był on uprawniony do „określenie okoliczności odbioru końcowego wykonanych robót, bowiem kwestie ewentualnej zwłoki Zamawiającego w tym zakresie regulują powszechnie obowiązujące przepisy prawa - Kodeksu cywilnego i Prawa budowlanego (należycie zabezpieczające prawa ewentualnego wykonawcy), przedmiotowe postanowienia umowne dotyczą wszystkich potencjalnych wykonawców i z tego powodu nie następuje ograniczenie kręgu oferentów/wykonawców".

Wymaga wskazania, że kwestia zwłoki Zamawiającego w odbiorze robót nie jest kwestią, która została uregulowana w ww. postanowieniach - w § 12 ust. 3 Wzoru uregulowano uprawnienie do odmowy podpisania protokołu odbioru (a tym samym odmowy dokonania odbioru), a w rozdziale V pkt 2 SWZokreślono, co uznaje się za termin wykonania zamówienia. Zatem to, że „kwestie ewentualnej zwłoki Zamawiającego w tym zakresie regulują powszechnie obowiązujące przepisy prawa - Kodeksu cywilnego i Prawa budowlanego" nie ma znaczenia dla oceny zgodności z przepisami Pzp postanowień Wzoru i SWZ, w których uregulowane są zupełnie inna kwestie.

Niewątpliwe jest, że żaden przepis Pzp nie reguluje kwestii oddania zamawiającemu obiektu wykonanego w wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego będącej umową o roboty budowlane; kwestia ta jest uregulowana w art. 647 kc. Zgodnie zatem z art. 8 ust. 1 Pzp, art. 647 kc stosuje się w tym zakresie do takiej umowy.

W pełni podzielić należy stanowisko Odwołującego, powołującego się na wyroki Sądu Najwyższego, iż „w świetle art. 647 kc inwestor obowiązany jest dokonać odbioru końcowego i zapłacić wynagrodzenie należnego wykonawcy. Inwestor nie może uzależniać dokonania odbioru końcowego i zapłaty należnego wynagrodzenia od braku jakichkolwiek wad w wykonanym obiekcie. Inwestor może uchylić się od obowiązku dokonania odbioru końcowego tylko w przypadku wystąpienia wad istotnych".

Pogląd ten prezentowany był także przez Izbę – przykładowo, w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 lipca 2022 r. wydanego w postępowaniu o sygn. KIO 1564/22 wskazano, że „Stanowisko prezentowane przez Odwołującego 1 znajduje poparcie w orzecznictwie sądowym, w którym akcentuje się, iż odbiór robót jest obowiązkiem zamawiającego, a postanowienie umowne, które uzależnia prawo wykonawcy od podpisania bezusterkowego protokołu odbioru, jako sprzeczne z istotą umowy o roboty budowlane, jest nieważne w rozumieniu art. 647 KC (zob. wyrok SA w Warszawie z dnia 3 sierpnia 2017 r., sygn. I ACa 689/16). Jednocześnie w orzecznictwie podnosi się, że konieczność odbioru „bezusterkowego" jest przesłanką nieprzewidzianą w KC, a art. 647 KC definiujący umowę o roboty budowlane odwołuje się do „odbioru robót" a nie „bezusterkowego odbioru robót". Tym samym, w sytuacji gdy roboty zostały wykonane zgodnie z zakresem przedmiotowym umowy, odmowa odbioru robót znajduje uzasadnienie jedynie w przypadku, gdy przedmiot umowy będzie mógł być kwalifikowany jako wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub wady będą na tyle istotne, że obiekt nie będzie się nadawał do użytkowania.".

Z treści § 12 ust. 3 Wzoru wynika, że jest to postanowienie uprawniające Zamawiającego „do odmowy podpisania danego protokołu odbioru" w każdym przypadku, gdy „przedmiot Umowy zostanie wykonany wadliwie lub niezupełnie (niezgodnie z postanowieniami Umowy, w tym SWZ)", a odmowa taka (wraz ze wskazaniem wykonawcy na wady) skutkuje obowiązkiem usunięcia tych wad „w określonym przez Zamawiającego terminie" i ponownego zgłoszenia Zamawiającemu robót do odbioru. Uprawnienie to obejmuje więc także sytuację, gdy „przedmiot Umowy" nie będzie miał wad istotnych.

Wobec powyższego należało uznać, że postanowienie § 12 ust. 3 Wzoru w zakresie, w jakim uprawnia Zamawiającego „do odmowy podpisania danego protokołu odbioru" w przypadku, gdy „przedmiot Umowy" będzie miał wady inne niż wady istotne, narusza art. 647 kc w związku z art. 8 ust. 1 Pzp.

Konsekwencją przyjęcia, że Zamawiający zobowiązany jest podpisać protokół odbioru w przypadku, gdy „przedmiot Umowy" nie ma wad istotnych, była konieczność uznania, że w takiej sytuacji „przedmiot Umowy" jest wykonany z dniem podpisania protokołu odbioru, w którym wskazane są wady nieistotne, a zatem iż terminem wykonania zamówienia jest dzień podpisania tego protokołu.

Postanowienie rozdziału V pkt 2 SWZ, w którym określono, że „Za termin wykonania uznaje się datę podpisania końcowego, bezusterkowego protokołu odbioru", nie mogło więc zostać uznane za zgodne z art. 647 kc w związku z art. 8 ust. 1 Pzp.

Dla rozstrzygnięcia sprawy nie ma znaczenia ponoszona przez Zamawiającego okoliczność, iż „przedmiotowe postanowienia umowne dotyczą wszystkich potencjalnych wykonawców i z tego powodu nie następuje ograniczenie kręgu oferentów/wykonawców", gdyż to, że postanowienia rozdziału V pkt 2 SWZ i § 12 ust. 3 Wzoru nie prowadzą do nierównego traktowania wykonawców i nie ograniczają konkurencji nie oznacza, że nie naruszają one art. 647 kc w związku z art. 8 ust. 1 Pzp.

Wobec powyższego zasadne było uwzględnienie żądania odwołania w zakresie tego zarzutu i nakazanie Zamawiającemu usunięcia postanowienia rozdziału V pkt 2 SWZ oraz zmiany § 12 ust. 3 Wzoru poprzez nadanie mu brzmienia: „3. Jeżeli w przedmiocie Umowy zostaną stwierdzone wady istotne, Zamawiający będzie uprawniony do odmowy podpisania danego protokołu odbioru ze wskazaniem Wykonawcy na wady, a Wykonawca będzie zobowiązany je usunąć w określonym przez Zamawiającego terminie i ponownie zgłosić Zamawiającemu roboty do odbioru", o czym Izba orzekła w punkcie 2 tiret dziesiąte wyroku.

Zarzut naruszenia art. 16 pkt 1) – 3) w związku z art. 8 Pzp w związku z art. 353^1 i art. 647 w związku z art. 483 § 1 w związku z art. 484 § 2 i art. 473 § 1 kc dotyczący postanowienia § 18 ust. 3 Wzoru Izba uznała za nieuzasadniony.

Treść ww. przepisów została przytoczona wyżej.

§ 18 ust. 3 Wzoru miał treść „Maksymalna łączna wysokość odpowiedzialności Wykonawcy z tytułu naliczonych kar umownych nie przekroczy 100 % wartości Wynagrodzenia. Zamawiający może dochodzić odszkodowania przewyższającego wysokość zastrzeżonych kar umownych, do wysokości poniesionej szkody.”.

§ 18 ust. 1 Wzoru miał treść „1. Wykonawca zobowiązuje się zapłacić Zamawiającemu kary umowne z następujących tytułów i w następującej wysokości: (…) 4) w przypadku odstąpienia od Umowy lub jej części przez Zamawiającego z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy - 20% (dwadzieścia procent) kwoty łącznego wynagrodzenia netto Wykonawcy, o której mowa w § 13 ust. 1”.

Jak wskazano powyżej, art. 8 ust. 1 Pzp należy rozumieć w taki sposób, że przepisy kc stosuje się do umów w sprawach zamówień publicznych w zakresie, w jakim dana kwestia nie jest uregulowana w przepisach Pzp. W ocenie Izby nie należy przyjmować, że kwestia, jaka może być „maksymalna łączna wysokość odpowiedzialności Wykonawcy z tytułu naliczonych kar umownych” nie została uregulowana w przepisach Pzp, w związku z czym w tej kwestii stosować należy przepisy kc.

Wymaga wskazania, że aczkolwiek w art. 436 pkt 3) Pzp, stanowiącym, że „umowa zawiera postanowienia określające w szczególności łączną maksymalną wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony”, ani w jakimkolwiek innym przepisie Pzp nie określono wprost, jaka ma być łączna maksymalna wysokość kar umownych, których może dochodzić zamawiający, to nie określenie tej wartości jest rozwiązaniem zastosowanym w przepisach Pzp celowo, gdyż - jak wskazywał Odwołujący w trakcie rozprawy - „w toku prac ustawodawczych były propozycje wprowadzenia limitu kar umownych jako 20% wynagrodzenia, ale z tego zrezygnowano”. Uwzględniając ponadto, że w przepisach kc nie określono wprost, jaka ma być łączna maksymalna wysokość kar umownych, których może dochodzić zamawiający, celowe nie określenie w art. 436 pkt 3) Pzp, jaka ma być łączna maksymalna wysokość kar umownych, których może dochodzić zamawiający, a jedynie nakazanie jej określenia, prowadzi do wniosku, że przepis ten reguluje kwestię określenia w umowie w sprawie zamówienia publicznego maksymalnej wysokości kar umownych, których może dochodzić zamawiający, w sposób zupełny (obejmując kwestię, jaka może być ta wysokość), a uregulowanie w nim zawarte nie powinno być uzupełniane uregulowaniem określającym, jaka ma być łączna maksymalna wysokość kar umownych, zawartym w przepisach kc, oraz że wartość ta nie może być określona przepisami kc.

W tym stanie rzeczy Izba uznała, że do postanowień Wzoru w zakresie ww. kwestii nie stosuje się przepisów art. art. 353^1, 647, 483 § 1, 484 § 2 i 473 § 1 kc, a także odsyłającego do nich art. 8 ust. 1 Pzp (przy czym należy podkreślić, że w żadnym z tych przepisów nie określono wprost, jaka ma być łączna maksymalna wysokość kar umownych, których może dochodzić jedna ze stron umowy). Nie można zatem stwierdzić, że § 18 ust. 3 Wzoru narusza te przepisy.

Brak było podstaw do przyjęcia, że w zakresie ww. postanowienia Zamawiający przeprowadził Postępowanie w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji lub równego traktowania wykonawców, nieprzejrzysty bądź nieproporcjonalny, a więc z naruszeniem art. 16 pkt 1) - 3) Pzp, zwłaszcza że w odwołaniu ograniczono się do twierdzeń o rażącym wygórowaniu „limitu kar umownych uregulowanego w § 18 ust. 3) wzoru umowy na poziomie 100% wynagrodzenia”.

Należy przy tym stwierdzić, że zawarte w odwołaniu twierdzenie „rażąco wysokie kary naruszają zasady Prawa zamówień publicznych, w szczególności proporcjonalności i efektywności” nie odnosi się do ww. limitu, ale do wysokości kar umownych, których Odwołujący nie kwestionował. Jest ono zatem pozbawione znaczenia dla oceny zasadności zarzutu.

Konieczne jest wskazanie, że w zakresie powyższych twierdzeń stanowisko przedstawione w odwołaniu jest niespójne. Odwołujący podnosił, że „niedotrzymanie terminu wykonania określonych zobowiązań umownych jest nieprawidłowym wykonaniem zobowiązania i jest lżejszą postacią naruszenia zobowiązań umownych niż niewykonanie zobowiązania, które z kolei jest najdonioślejszym naruszeniem zobowiązań Umownych i które na gruncie niniejszej sprawy stanowi podstawę do odstąpienia od umowy i naliczenia wspomnianej powyżej kary umownej w wysokości 20 % wynagrodzenia (§ 18 ust.1 pkt 4 wzoru umowy)” oraz że „wyznaczenie maksymalnej sumy kar umownych rażąco przekraczającej wysokość kary za odstąpienie od umowy może prowadzić do bezpodstawnego wzbogacenia Zamawiającego względem Wykonawcy” sytuacja, w której „Zamawiający z tytułu nieprawidłowego wykonania umowy (np. nieterminowego wykonania) będzie mógł naliczyć karę wyższą niż z tytułu niewykonania umowy”. Jednocześnie Odwołujący wnosił o „nakazanie zmiany § 18 ust. 3 wzoru umowy przez nadanie mu następującego brzmienia: „Maksymalna łączna wysokość odpowiedzialności Wykonawcy z tytułu naliczonych kar umownych nie przekroczy 30 % wartości Wynagrodzenia (…)””, co oznacza, że domagał się, aby § 18 ust. 3 Wzoru miał taką treść, która umożliwia Zamawiającemu „naliczenie z tytułu nieprawidłowego wykonania umowy (np. nieterminowego wykonania)” kary umownej w wyższej wysokości, niż „z tytułu niewykonania umowy” – co jego zdaniem stanowi o rażącym wygórowaniu „limitu kar

umownych uregulowanego w § 18 ust. 3) wzoru umowy", nie uzasadniając, dlaczego „maksymalna łączna wysokość odpowiedzialności Wykonawcy z tytułu naliczonych kar umownych" wynosząca „100 % wartości Wynagrodzenia" jest rażąco wygórowana, a wynosząca „30 % wartości Wynagrodzenia" nie jest rażąco wygórowana.

Zauważyć przy tym należy, co w odwołaniu pominięto, że § 18 ust. 1 pkt 4) Wzoru zobowiązuje wykonawcę do zapłaty kary umownej w wysokości „20% (dwadzieścia procent) kwoty łącznego wynagrodzenia netto Wykonawcy, o której mowa w § 13 ust. 1" nie tylko w przypadku odstąpienia przez Zamawiającego z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy od „Umowy", ale także w przypadku odstąpienia od „części Umowy". Oczywiste jest zaś, że w przypadku odstąpienia od umowy w części, w przypadku niewykonania bądź nienależytego wykonania umowy w części, w której Zamawiający nie odstąpił, wykonawca zobowiązany będzie zapłacić Zamawiającemu kary umowne, których wysokość łącznie z karą umowną, „za" odstąpienie od umowy w części przekroczy wysokość kary umownej „z tytułu niewykonania umowy". Odwołujący nie twierdzi zaś, że z tego powodu łączna maksymalna wysokość kar umownych, których może dochodzić Zamawiający, określona w § 18 ust. 3 Wzoru jest „rażąco wygórowana".

W świetle powyższego nie sposób uznać, że „rażąco wygórowana" jest łączna maksymalna wysokość kar umownych, których może dochodzić Zamawiający, określona w § 18 ust. 3 Wzoru na wartość wyższą niż wysokość kary umownej, którą wykonawca zobowiązany jest zapłacić w przypadku odstąpienia od umowy przez Zamawiającego, a w konsekwencji, że z tego powodu postanowienie to jest niezgodne z jakimkolwiek przepisem Pzp.

Zarzut naruszenia art. 16 pkt 1) - 3) w związku z art. 437 ust. 1 pkt 2) w związku z art. 464 ust. 3 i 4 Pzp w związku z art. 647^1 § 2 kc w związku z art. 8 ust. 1 Pzp dotyczący § 10 ust. 5 i 7 Wzoru Izba uznała za nieuzasadniony.

Treść art. 8 ust. 1 i art. 16 pkt 1) – 3) Pzp została przytoczona wyżej. Zgodnie natomiast z art. 437 ust. 1 pkt 2) Pzp, „umowa, której przedmiotem są roboty budowlane, zawiera również postanowienia dotyczące wskazania terminu na zgłoszenie przez zamawiającego zastrzeżeń do projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, i do projektu jej zmiany lub sprzeciwu do umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, i do jej zmian". Stosownie do art. 464 ust. 3 Pzp „zamawiający, w terminie określonym zgodnie z art. 437 ust. 1 pkt 2, zgłasza w formie pisemnej, pod rygorem nieważności, zastrzeżenia do projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, w przypadku gdy: 1) nie spełnia ona wymagań określonych w dokumentach zamówienia; 2) przewiduje ona termin zapłaty wynagrodzenia dłuższy niż określony w ust. 2; 3) zawiera ona postanowienia niezgodne z art. 463", zaś art. 464 ust. 4 Pzp stanowi, że „niezgłoszenie zastrzeżeń, o których mowa w ust. 3, do przedłożonego projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, w terminie określonym zgodnie z art. 437 ust. 1 pkt 2, uważa się za akceptację projektu umowy przez zamawiającego". Zgodnie z art. 647^1 § 2 kc, „zgłoszenie, o którym mowa w § 1, nie jest wymagane, jeżeli inwestor i wykonawca określili w umowie, zawartej w formie pisemnej pod rygorem nieważności, szczegółowy przedmiot robót budowlanych wykonywanych przez oznaczonego podwykonawcę".

§ 10 ust. 5 Wzoru miał treść „Projekt umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi będzie uważany za zaakceptowany przez Zamawiającego, jeżeli Zamawiający w terminie 21 dni od dnia przedłożenia mu projektu nie zgłosi do niego na piśmie zastrzeżeń. Pisemne zastrzeżenia będą doręczane na Adres Wykonawcy, natomiast ich skan przesyłany pocztą elektroniczną na Adres e-mail Wykonawcy. Za datę zgłoszenia zastrzeżeń uznawana będzie data przesłania ich pocztą elektroniczną", zaś § 10 ust. 7 Wzoru miał treść „Umowa o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi będzie uważana za zaakceptowaną przez Zamawiającego, jeżeli Zamawiający w terminie 30 dni od doręczenia mu poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii zawartej umowy nie zgłosi do niej na piśmie sprzeciwu. Pisemny sprzeciw będzie doręczany na Adres Wykonawcy oraz Podwykonawcy.".

W odwołaniu nie przedstawiono okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających przyjęcie, że w zakresie ww. postanowień Zamawiający przeprowadził Postępowanie w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji lub równego traktowania wykonawców, nieprzejrzysty bądź nieproporcjonalny, a więc z naruszeniem art. 16 pkt 1) - 3) Pzp, wobec czego Izba nie stwierdziła naruszenia tych przepisów.

Nie ulega wątpliwości, że art. 437 ust. 1 pkt 2) Pzp nakazuje zawarcie w umowie, której przedmiotem są roboty budowlane, postanowień określających terminy na zgłoszenie przez zamawiającego: a) zastrzeżeń do projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, i do projektu jej zmiany, b) sprzeciwu do umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, i do jej zmian, oraz że w przepisie tym nie określono, jak mogą zostać określone te terminy. Bezspornym jest zaś, że Zamawiający w § 10 ust. 5 i 7 Wzoru terminy te określił, co prowadzi do wniosku, że art. 437 ust. 1 pkt 2) Pzp nie został naruszony przez Zamawiającego.

Nie sposób było także uznać, że ww. postanowienia naruszają art. 464 ust. 3 i 4 Pzp. Żaden z tych przepisów nie reguluje, jak powinien zostać określony w umowie termin na zgłoszenie przez zamawiającego ww. zastrzeżeń czy ww. sprzeciwu. W art. 464 ust. 3 Pzp jest mowa o terminie zgłoszenia ww. zastrzeżeń, ale wyłącznie poprzez odwołanie

do art. 437 ust. 1 pkt 2) Pzp, zaś w art. 464 ust. 4 Pzp określono wyłącznie jaki jest skutek niezgłoszenia takich zastrzeżeń w terminie określonym zgodnie z art. 437 ust. 1 pkt 2) Pzp. Biorąc pod uwagę, że z treści odwołania wynika, że Odwołujący kwestionuje zgodność z prawem § 10 ust. 5 i 7 Wzoru wyłącznie w zakresie tego, jak został określony w umowie termin na zgłoszenie przez zamawiającego ww. zastrzeżeń czy ww. sprzeciwu, ww. postanowienia nie mogły naruszać art. 464 ust. 3 i 4 Pzp.

Nie znajdowało jakiegokolwiek uzasadnienia przyjęcie, że w tym zakresie do ww. postanowień stosuje się art. 647^1 § 2 kc w związku z art. 8 ust. 1 Pzp.

Należy wskazać, że art. 647^1 § 2 kc przestał mieć brzmienie powołane w odwołaniu w 2017 roku. W aktualnym brzmieniu przepis ten określa w jakim przypadku nie jest wymagane zgłoszenie inwestorowi szczegółowego przedmiotu robót budowlanych wykonywanych przez podwykonawcę, zatem nie tylko nie określa terminów na zgłoszenie przez inwestora zastrzeżeń do projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, i do projektu jej zmiany, czy sprzeciwu do umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, i do jej zmian, ale reguluje zupełnie inną kwestię niż kwestia uregulowana w art. 437 ust. 1 pkt 2) Pzp. Tym samym art. 647^1 § 2 kc w ogóle może mieć zastosowania do określenia przedmiotowych terminów.

Zarzut naruszenia art. 16 pkt 1) – 3) Pzp w związku z art. 353^1 kc, art. 58 § 2 kc w związku z art. 5 kc w związku z art. 8 ust. 1 Pzp dotyczący § 10 ust. 12 pkt 1) Wzoru, Izba uznała za nieuzasadniony.

Treść ww. przepisów została przytoczona wyżej.

Należy wskazać, że również w ramach tego zarzutu Odwołujący wskazał na naruszenie „58 ust. 2 KC", zaś w kc nie ma takiego przepisu. Mając na uwadze, iż Izba nie jest związana wskazaniem przepisu, którego naruszenie jest zarzucane, jak również powoływanie się przez Odwołującego w zakresie tego zarzutu na sprzeczność z zasadami współżycia społecznego, należało przyjąć, że Odwołujący przedstawił zarzut naruszenia art. 58 § 2 kc, który stanowi, że „nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego".

§ 10 ust. 12 pkt 1) Wzoru miał treść „Wykonawca, Podwykonawca oraz dalszy podwykonawca zobowiązuje się zawrzeć w umowach z podwykonawcami, których przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi postanowienia w zakresie terminu płatności wynagrodzenia Podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy nie dłuższego niż 21 dni licząc od daty doręczenia faktury"

§ 14 ust. 1 Wzoru miał treść „Ustala się następujący sposób zapłaty Wynagrodzenia za przedmiot Umowy: (…) 2) należności Wykonawcy z tytułu realizacji Umowy będą płatne w terminie 30 dni od daty dostarczenia Zamawiającemu prawidłowo wystawionej faktury do siedziby Zamawiającego.".

Nietrafne jest stanowisko Odwołującego, iż § 10 ust. 12 pkt 1) Wzoru narusza powołane wyżej przepisy z tego względu, że „narzuca obowiązek ustalenia maksymalnego terminu płatności wynagrodzenia podwykonawcy na 21 dni, podczas gdy termin płatności wykonawcy ustalono na 30 dni".

Ocena zgodności z przepisami ww. postanowienia wymagała wzięcia pod uwagę przepisów art. 437 ust. 1 pkt 5) Pzp, zgodnie z którym „umowa, której przedmiotem są roboty budowlane, zawiera również postanowienia dotyczące terminu zapłaty wynagrodzenia podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom", oraz art. 464 ust. 2 Pzp, stanowiącym, iż „termin zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, przewidziany w umowie o podwykonawstwo, nie może być dłuższy niż 30 dni od dnia doręczenia wykonawcy, podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy faktury lub rachunku".

Uwzględniając treść obu tych przepisów należy stwierdzić, że wynika z nich norma nakazująca określić w umowie w sprawie zamówienia publicznego, której przedmiotem są roboty budowlane, termin zapłaty wynagrodzenia podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom nie dłuższy niż 30 dni od dnia doręczenia wykonawcy, podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy faktury lub rachunku – czemu bezspornie czyni zadość § 10 ust. 12 pkt 1) Wzoru - a nadto, że przepisy te regulują kwestię określenia w umowie w sprawie zamówienia publicznego, której przedmiotem są roboty budowlane, terminu zapłaty wynagrodzenia podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom w sposób zupełny, nie wymagający uzupełnienia.

Wobec powyższego brak jest podstaw do stosowania do postanowień Wzoru w zakresie ww. kwestii przepisów art. art. 353^1, 58 § 2 i 5 kc, a także odsyłającego do nich art. 8 ust. 1 Pzp. Nie można zatem stwierdzić, że § 10 ust. 12 pkt 1) Wzoru narusza te przepisy.

Zważywszy, ze w odwołaniu ograniczono się do wskazania, iż „narzucenie" „obowiązku ustalenia maksymalnego terminu płatności wynagrodzenia podwykonawcy na 21 dni, podczas gdy termin płatności wykonawcy ustalono na 30 dni" „narusza zasady udzielania zamówień publicznych, tj. obowiązku zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przejrzystości i proporcjonalności", a nie przedstawiono okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających przyjęcie, że w zakresie ww. postanowienia Zamawiający przeprowadził Postępowanie w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji lub równego traktowania wykonawców,

nieprzejrzysty bądź nieproporcjonalny, a więc z naruszeniem art. 16 pkt 1) - 3) Pzp, brak było podstaw do stwierdzenie naruszenia tych przepisów.

W zakresie przedstawionych w odwołaniu zarzutów, które Izba uznała za nieuzasadnione, odwołanie zostało oddalone, o czym orzeczono w punkcie 3 wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz § 2 ust. 2 pkt 2), § 5 pkt 1) i 2) oraz § 7 ust. 2 pkt 1), ust. 3 i ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania.

Zgodnie z art. 557 Pzp „w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego", zaś art. 575 Pzp stanowi, że „strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku". Z § 2 ust. 2 pkt 2) ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na roboty budowlane o wartości przekraczającej progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp, wynosi 20.000 złotych. Stosownie do § 5 pkt 1) i 2) ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz „uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego (…) w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące: (…) b) wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych, (…) d) inne uzasadnione wydatki, w tym koszty przeprowadzenia innych dowodów w postępowaniu odwoławczym niż dowód z opinii biegłego, dopuszczonych przez Izbę na wniosek strony lub uczestnika postępowania odwoławczego". Zgodnie z § 7 ust. 2 pkt 1) ww. rozporządzenia „w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą odwołujący i zamawiający, jeżeli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części", zaś § 7 ust. 3 ww. rozporządzenia stanowi, iż „w przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 1 i 2, Izba rozdziela: 1) wpis stosunkowo, zasądzając odpowiednio od zamawiającego albo uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego kwotę, której wysokość ustali, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła; 2) koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, w sposób określony w pkt 1 lub znosi te koszty wzajemnie między odwołującym i odpowiednio zamawiającym albo uczestnikiem postępowania odwoławczego wnoszącym sprzeciw". Stosownie do § 7 ust. 6 ww. rozporządzenia „koszty rozdzielone stosunkowo zaokrągla się w górę do pełnych złotych".

Zgodnie z § 5 pkt 1) ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zaliczono wpis w wysokości uiszczonej przez Odwołującego, tj. 20.000 złotych.

Odwołujący na posiedzeniu i rozprawie był reprezentowany przez dwóch pełnomocników. Jak wynika ze złożonych do akt sprawy faktury i potwierdzenia wykonania operacji, koszty postępowania odwoławczego Odwołującego obejmują wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 3.690 złotych oraz wydatki na opłatę skarbową od złożenia trzech pełnomocnictw w wysokości 51 złotych. Zważywszy na treść § 5 pkt 2) lit. b) ww. rozporządzenia, z którego wynika, że w aspekcie ponoszenia kosztów postępowania za uzasadnione uznawać należy reprezentowanie przez jednego pełnomocnika, Izba nie uznała wydatku na opłatę skarbową od złożenia pełnomocnictwa przez więcej niż jednego pełnomocnika za uzasadniony koszt Odwołującego, a do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Odwołującego Izba mogła zaliczyć wynagrodzenie pełnomocnika do kwoty 3.600 złotych.

W tym stanie rzeczy do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Odwołującego zaliczono wynagrodzenie pełnomocnika jego reprezentującego w wysokości 3.600 złotych oraz wydatek na opłatę skarbową od złożenia jednego pełnomocnictwa w wysokości 17 złotych.

Zważywszy że Izba uwzględniła pięć zarzutów przedstawionych w odwołaniu, a trzech nie uwzględniła, koszty postępowania odwoławczego w zakresie wpisu rozdzielono stosunkowo – w proporcjach 3/8 Odwołujący i 5/8 Zamawiający. W konsekwencji zgodnie z § 7 ust. 3 pkt 1) i 2) ww. rozporządzenia zasądzono od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę stanowiącą sumę 5/8 kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania oraz 5/8 uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Odwołującego, zaokrągloną w górę do pełnych złotych.

Przewodniczący:……